
CORECOM
Comitato Regionale per le Comunicazioni

DELIBERAZIONE n. 8/2011

(estratto dal verbale del 15 marzo 2011)

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA XXX E VODAFONE OMNITEL N.V.

Presenti:

Gardini Gianluca
Giuseppe Bettini
Alberici Arianna

Presidente
Vicepresidente
Componente

Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

VISTA la l. 249/1997, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

VISTA la l. 481/1995, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

VISTO l'art. 84 d. lgs 259/ 2003, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTE la l.r. Emilia-Romagna 1/2001, in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

VISTA la del. AGCOM 173/07/CONS " Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO lo "Accordo quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome", sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

VISTA la "Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni e il Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna in data 10 luglio 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e;

VISTA l'istanza depositata in data 27 maggio 2010 (titolo n. 1.10.21/190), con la quale lo XXX, in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede nel comune XXX, ha chiesto al Comitato regionale per le Comunicazioni dell'Emilia-Romagna di definire la controversia in essere con la società Vodafone Omnitel N.V., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata presso XXX, ex artt. 14 e ss. del. AGCOM 173/07/CONS;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento, inviata e regolarmente ricevuta in data 25 novembre 2010 (prot. 34985/2010);

VISTE le memorie autorizzate regolarmente depositate da Vodafone Omnitel N.V. (prot. 38464/2010) e la replica regolarmente depositata dallo XXX(prot. 38485/2010);

VISTI gli atti del procedimento;

VISTE la relazione del Responsabile del procedimento, avv. Marco Ciancaglini (prot. 8223/2011), e la proposta di decisione del Responsabile del Servizio CORECOM, dott.ssa Primarosa Fini (prot. 8346/2011);

UDITA l'illustrazione del componente, avv. Giuseppe Bettini, svolta nella seduta del 15 marzo 2011;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

Con l'istanza di definizione della controversia lo XXX, con sede legale in XXX, lamenta il parziale inadempimento del contratto di somministrazione del servizio di connessione internet, sottoscritto con Vodafone Omnitel N.V. relativamente all'utenza n. YYY. Più specificamente l'istante lamenta: l'erroneità della fatturazione e della successiva percezione delle somme da parte di Vodafone, relativamente al periodo 3 agosto 2008 – 2 dicembre 2009, poiché il servizio telefonico è stato calcolato "a tempo" anziché, come contrattualmente pattuito, "a volume"; la mancata risposta ai reclami del novembre 2009, poiché Vodafone in quell'occasione si limitò a rilevare in modo generico la convenienza della tariffazione "a tempo", senza tuttavia procedere al ricalcolo della fattura e alla consegna del dettaglio del traffico telefonico "a volume". L'istante domanda pertanto il pagamento di quanto contrattualmente dovuto applicando la clausola del conteggio "a volume", nonché la condanna dell'operatore al pagamento di "equi indennizzi".

Con memoria autorizzata depositata in data 23 dicembre 2010 (prot. 38484/2010) Vodafone Omnitel (di seguito Vodafone) contesta le deduzioni e le richieste dell'istante. Vodafone eccepisce anzitutto l'inammissibilità dell'istanza per carenza di legittimazione attiva, essendo la domanda priva della sottoscrizione del legale rappresentante dello XXX; eccepisce poi l'inammissibilità per carenza nella quantificazione e nella prova dei "danni"; nel merito deduce che l'utente ha colpevolmente utilizzato un "cellulare HTC, di provenienza asiatica ... non ... compatibil[e] con la nostra rete"; che detto problema è stato minuziosamente spiegato all'istante a seguito dei reclami avanzati in data 6 e 24 novembre 2009, tanto che nel dicembre del 2009 il problema della fatturazione è terminato; che la fatturazione è "corretta" ed è elevata per l'alto numero di connessioni e non per le modalità di calcolo dei costi; che l'utente è stato inerte sino al novembre del 2009, allorquando ha contattato l'operatore.

Con memoria di replica autorizzata depositata in data 23 dicembre 2010 (prot. 38485/2010) lo XXX respinge l'eccezione di inammissibilità per difetto di legittimazione attiva affermando che l'istanza è stata sottoscritta dal dott. WWW, legale rappresentante. L'istante deduce altresì: che l'esatta quantificazione del disagio subito è impedita dalla condotta di Vodafone, che non ha mai consegnato il dettaglio del traffico telefonico "a volume" né ha mai proceduto al ricalcolo dei costi sulla base della tariffa "a volume"; che il calcolo della maggiore prestazione pecuniaria sofferta dallo stesso utente può essere effettuato solo in via presuntiva, come da schema allegato, sulla scorta del traffico telefonico effettuato in precedenza; che pertanto l'eccezione di inammissibilità avanzata da Vodafone deve essere rigettata; che Vodafone non ha mai risposto al reclamo, non avendo inviato il dettaglio del traffico telefonico "a volume" né ricalcolato le fatture e rimborsato quanto percepito in eccedenza; che la fatturazione non è corretta perché non effettuata "a volume" ma "a tempo"; che il decorso del tempo prima della presentazione del reclamo è dovuto a eccessiva fiducia verso l'operatore e comunque non esime Vodafone dal rispetto delle proprie obbligazioni contrattuali; che le fatture, pur errate, sono state tutte regolarmente pagate, segno di diligenza da parte dell'utente.

MOTIVI DELLA DECISIONE

È preliminarmente da rilevare che l'istanza è ammissibile e che pertanto entrambe le contrarie eccezioni avanzate da Vodafone devono essere rigettate. L'istanza, sottoscritta dal dott. ZZZ dello XXX, è stata infatti tempestivamente integrata (prot. 16851/2010) attraverso la sottoscrizione anche da parte del dott. WWW, che a suo tempo aveva sottoscritto il contratto con Vodafone. Considerando che, ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. i) del. AGCOM 173/07/CONS, utente è "ogni persona fisica o giuridica che utilizza ... un servizio di comunicazione elettronica", ne deriva pertanto che, nel caso di specie, utente è lo XXX in persona del dott. WWW, che ha utilizzato il servizio di comunicazione elettronica con Vodafone in forza del contratto sottoscritto da entrambe le parti e a cui Vodafone ha dato, almeno parzialmente, adempimento. Parimenti è da rigettarsi anche l'eccezione di inammissibilità dell'istanza relativamente alla richiesta di indennizzo, "non determinato né determinabile stante la mancanza di prove, la mancata indicazione delle norme che si ritengono violate nonché dei parametri da applicare ai fini del calcolo dello stesso". Ai sensi dell'art. 14, c. 1 e art. 7, c. 2, lett. c), del. AGCOM 173/07/CONS l'istante deve infatti indicare le richieste che, in forza del successivo art. 19, c. 4, sono *ope legis* limitate, in fatto di indennizzi, a quanto previsto "dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità". La valutazione del rispetto di tali obblighi, rispondendo a un principio di tutela del contraente più debole, deve condurre alla rettifica delle istanze inesatte, specie in materia di indennizzi, secondo quanto indicato dal par. III.1.2. del. AGCOM 529/09/CONS. Ciò premesso, lo XXX ha richiesto la corresponsione di "equi indennizzi a ristoro ... delle inadempienze" descritte nella stessa istanza, nei limiti della competenza del procedimento di definizione normativamente fissata, assolvendo in tal modo l'onere procedurale imposto. Non sussiste peraltro alcuna richiesta di danni, come invece eccepito da Vodafone, né è attinente l'asserita "mancanza di prove", che concerne non l'ammissibilità dell'istanza ma eventualmente la sua fondatezza.

Venendo al merito, la controversia è incentrata sulla fatturazione del traffico internet generato dall'utenza telefonica n. YYY in esecuzione di un contratto di somministrazione stipulato tra lo XXX e Vodafone. Risulta documentalmente che la proposta di abbonamento sottoscritta dall'utente in data 21 maggio 2008, e sulla cui ricezione da parte di Vodafone nessuna contestazione è stata avanzata, prevede sulla predetta utenza telefonica la somministrazione del servizio internet in modalità "LV", acronimo corrispondente all'offerta "L-Volume" e quindi alla tariffazione "a volume" anziché "a tempo" (indicata con acronimo "LT"). Risulta altresì, sempre in via documentale, che nelle fatture relative al periodo 3 agosto 2008 – 2 dicembre 2009 Vodafone ha applicato una tariffa "a tempo", anziché "a volume", per complessivi € 20.396,00 (a differenza di quanto effettuato in precedenza: cfr. fattura n. 804615502 del 9 aprile 2008). Più in dettaglio: fattura del periodo 3 agosto 2008 – 2 ottobre 2009, € 1.333,00; fattura del periodo 3 ottobre 2008 – 2 dicembre 2008, € 1.538,00; fattura del periodo 3 dicembre 2008 – 2 febbraio 2009, € 1.659,00; fattura del periodo 3

febbraio 2009 – 2 aprile 2009, € 3.901,00; fattura del periodo 3 aprile 2009 – 2 giugno 2009, € 2.603,00; fattura del periodo 3 giugno 2009 – 2 agosto 2009, € 2.759,00; fattura del periodo 3 agosto 2009 – 2 ottobre 2009, € 4.715,00; fattura del periodo 3 ottobre 2009 – 2 dicembre 2009, € 2.088,00. Deduce l'istante che tale somma è stata regolarmente pagata e la circostanza non è contestata da Vodafone, risultando pertanto acclarata secondo il principio ordinamentale di cui all'art. 115, c. 1, c.p.c. in materia di prova dei fatti specificamente non contestati (cfr. del. CORECOM Emilia-Romagna 15/2010).

La differenza tra quanto contrattualmente pattuito e la prestazione eseguita da Vodafone è pertanto documentalmente accertata e configura un parziale inadempimento dell'operatore, che ha eseguito una prestazione diversa in rapporto alle modalità di fatturazione. Secondo gli ordinari principi che regolano la ripartizione della prova, per essere esente da responsabilità contrattuale Vodafone avrebbe dovuto provare di essersi trovata nell'impossibilità di adempiere per fatto a lei non imputabile (art. 1218 c.c.). Al riguardo deduce Vodafone la negligenza dell'istante che avrebbe utilizzato come telefono cellulare un portatile "HTC", "di provenienza asiatica", acquistato su siti internet e non compatibile con la rete Vodafone. L'impiego di "un cellulare proveniente da un altro continente e non correttamente impostato per interagire con la rete italiana" avrebbe quindi prodotto una fatturazione elevata.

L'argomentazione appare generica e sostanzialmente immotivata. La marca di cellulare in questione è infatti comunemente venduta in Italia; la provenienza asiatica è caratteristica che accumuna normalmente e senza alcuna patologia molte case produttrici di telefoni; acquistare attraverso internet è modalità ormai comune. Nessuno di tali elementi contiene pertanto alcunché di patologico, anche considerando che la loro allegazione da parte di Vodafone si è mantenuta a un livello di palese genericità: Vodafone ha infatti omesso di circostanziare le proprie affermazioni spiegando con sufficiente precisione le ragioni dell'incompatibilità tra i cellulari "HTC" e la rete telefonica nazionale. Non risulta peraltro, e nemmeno la circostanza viene dedotta da Vodafone, che l'utente abbia cambiato il proprio cellulare nel dicembre 2009, allorquando la fatturazione ha iniziato a rispettare la modalità "a volume" e pertanto la somministrazione del servizio è stata ricondotta a correttezza.

In secondo luogo, il problema emergente non è la capacità del cellulare di interagire con la rete Vodafone, poiché se così fosse l'utenza telefonica non avrebbe potuto produrre alcun traffico dati, ma la modalità di fatturazione e dunque di calcolo del traffico, che è questione di carattere meramente amministrativo e quindi interno all'organizzazione di Vodafone.

Da quanto esposto si evince pertanto che il parziale inadempimento di Vodafone non trova giustificazione alcuna tale da esimere l'operatore da responsabilità per inadempimento contrattuale nei confronti dell'istante. La richiesta di pagamento avanzata da Vodafone all'utente e la successiva acquisizione della somma di € 20.396,00 da parte dello stesso operatore si palesano pertanto come illegittime, perché fondate unicamente su un principio (il calcolo "a tempo")

integralmente differente da quello (“a volume”) contrattualmente previsto. Solo relativamente alla somma di € 4.113,00 la pretesa e l’avvenuta percezione da parte di Vodafone può dirsi fondata poiché l’utente, in sede di memoria di replica, effettuando un calcolo del consumo “a volume” sulla base delle fatture antecedenti al periodo oggetto di contestazione, ha stimato il costo del consumo proprio in € 4.113,00, somma sulla quale non sussiste pertanto contestazione alcuna da parte di ambo le parti. Da quanto esposto deriva conclusivamente l’obbligo per l’operatore di rimborsare all’utente la somma di € 16.283,00, oltre a I.V.A., risultante dalla differenza tra la somma imputata e percepita e quella sulla quale non c’è contestazione, salvo il diritto da parte di Vodafone di procedere successivamente e separatamente a una richiesta di pagamento del traffico dati oggetto di controversia eventualmente eccedente la somma non contestata, applicando il differente principio del calcolo “a volume”.

L’istante lamenta altresì la mancata risposta a più reclami inoltrati a Vodafone nel novembre 2009, e specificamente, come dedotto da Vodafone, in data 6 novembre e 24 novembre. In tali reclami l’utente afferma di aver denunciato l’errata fatturazione e domandato la consegna del tabulato attestante il traffico “a volume”. Vodafone afferma di aver risposto spiegando all’utente che la causa della fatturazione era da ricercarsi nell’utilizzo del cellulare “HTC”, secondo le motivazioni sopra riportate e analizzate. L’utente afferma inoltre che Vodafone ha risposto solo a voce sostenendo che il conteggio “a tempo” sarebbe stato più vantaggioso, per lo stesso utente, rispetto a quello “a volume” e che tuttavia i tabulati del traffico “a volume” non potevano essere forniti. Tutti i fatti appena riportati non sono stati reciprocamente contestati dalle parti e sono quindi da ritenersi accertati. Dal ciò si ricava che a fronte di un reclamo vertente sull’errata fatturazione Vodafone ha fornito una risposta sostanzialmente negativa a mezzo di una comunicazione orale, in violazione di quanto previsto dalla del. 179/03/CSP, il cui art. 8, c. 4, che richiede una risposta *scritta*, se negativa, adeguatamente motivata, indicante gli accertamenti compiuti, da inoltrarsi entro quarantacinque giorni dalla ricezione del reclamo (tale termine include anche i giorni festivi e il sabato, perché la Carta del cliente non li esclude espressamente). La forma scritta non rappresenta infatti un mero onere di forma ma un elemento indefettibile per una piena tutela dei diritti dell’utente, che solo in presenza di un atto motivato e scritto può adottare le più opportune e consapevoli decisioni rispetto alla contestazione formulata.

In termini di indennizzo, entrambi gli inadempimenti di Vodafone trovano riscontro nella Carta del cliente, la cui parte terza prevede un indennizzo di € 5,00 per ogni giorno feriale (ma escludendo anche il sabato secondo quanto disposto dalla Carta del cliente) tanto per il mancato accredito quanto per la mancata risposta al reclamo.

Il primo indennizzo, previsto per fattispecie analoghe a quella discussa in questa sede, concerne il mancato riaccredito di somme indebitamente percepite, che debbono essere rimesse entro il termine di novanta giorni dalla richiesta (indicatore 10, Carta del cliente; tale termine include anche i giorni festivi e il sabato, perché la Carta del cliente non li esclude espressamente). Nel caso di specie

l'indennizzo inizia a decorrere novanta giorni dopo la richiesta, collocabile al 6 novembre 2009, giorno di presentazione del reclamo. Il *dies ad quem* deve essere invece individuato, persistendo tuttora il mancato riaccredito di quanto indebitamente percepito da Vodafone, nella data in cui si raggiunge il termine di conclusione del procedimento previsto dalla normativa, pari a centocinquanta giorni decorrenti dalla data di deposito dell'istanza, qualora, come nel caso di specie, il procedimento si concluda oltre tale termine ordinatorio previsto dall'art. 16, c. 1, del. AGCOM 173/07/CONS (cfr. del. CORECOM Emilia-Romagna 4/2011).

Il secondo indennizzo deve essere invece liquidato decorsi quarantacinque giorni dalla proposizione del reclamo, e dunque ancora dal 6 novembre 2009, e sino alla data dell'udienza di conciliazione, come da costante interpretazione AGCOM (cfr. *ex multis* del. AGCOM 13/2010/CIR). Il limite massimo di liquidazione indicato dalla stessa clausola della Carta del cliente, pari a € 50,00, deve invece essere disapplicato, come da costante prassi dell'AGCOM e di questo CORECOM (cfr. del. 3/2010, 12/2010, 2/2011), in quanto la somma altrimenti liquidata non sarebbe proporzionale al pregiudizio arrecato, secondo quanto disposto dall'art. 11, c. 2, del. AGCOM 179/03/CSP, adottata in applicazione dell'art. 1, c. 6, lett. b, l. 249/1997. Nel caso di specie infatti, considerando l'attività professionale svolta dallo XXXe l'elevato importo della prestazione pecuniaria imposta e acquisita da Vodafone, nonché il notevole tempo trascorso, appare evidente che il disagio subito dall'istante sia stato costante e prolungato, in assenza di un qualunque effettivo intervento dell'operatore che da un lato si è limitato a gestire il reclamo oralmente e del tutto genericamente, senza fornire adeguate e motivate risposte, e dall'altro lato non ha rimborsato alcunché di quanto illegittimamente percepito. Appare inoltre evidente come l'eccezione (da Vodafone) inerzia dell'utente, che si è attivato per reclamare solo nel novembre 2009, non influisca in alcun modo sulla responsabilità di Vodafone: il rimborso delle fatture è conseguenza esclusivamente dell'erronea fatturazione; l'indennizzo è maturato, per entrambe le fattispecie, solo a seguito del reclamo dell'istante, senza dunque che la pregressa e asserita inerzia abbia inciso sulla quantificazione dell'indennizzo.

Alla luce di quanto sin qui esposto, consegue che:

- l'indennizzo per il mancato riaccredito deve essere calcolato per duecentoventisei giorni (data di richiesta: 6 novembre 2009; conclusione del termine di novanta giorni, festivi compresi per la risposta, da cui inizia a decorrere l'indennizzo: 4 febbraio 2010; termine ordinatorio di conclusione del procedimento: 24 ottobre 2010; giorni feriali di liquidazione dell'indennizzo: duecentoventisei). L'indennizzo così calcolato è quindi pari a € 1.130,00 (millecentotrenta/00).
- l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo deve essere calcolato per centodue giorni (data di reclamo: 6 novembre 2009; conclusione del termine di quarantacinque giorni, festivi compresi per la risposta, da cui inizia a decorrere l'indennizzo: 21 dicembre 2009; udienza di conciliazione: 26 maggio 2010; giorni feriali di liquidazione dell'indennizzo: centodue). L'indennizzo così calcolato è quindi pari a € 510,00 (cinquecentodieci/00).

In relazione alle spese di procedura, pare equo e proporzionale quantificarle in € 50,00, sulla base di quanto disposto dal punto III, 4.4, del. AGCOM 529/09/CONS, atteso che l'istante ha partecipato all'udienza di conciliazione, svolta in luogo differente da quello di domicilio, e ha preso attivamente parte, in via cartolare, al procedimento di definizione.

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa formulato dal Segretario del Comitato regionale per le Comunicazioni, il CORECOM, all'unanimità

DELIBERA QUANTO SEGUE

In accoglimento dell'istanza presentata lo XXX, in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede nel comune di XXX (titolo 1.10.21/190), Vodafone Omnitel N.V. in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata presso XXX è tenuta a corrispondere all'utente le somme così liquidate:

- a) euro 16.283,00 (sedecimiladuecentoottantatre/00), oltre a I.V.A. se dovuta, a titolo di rimborso delle somme indebitamente percepite;
- b) euro 1.130,00 (millecentotrenta/00), a titolo di indennizzo per il mancato riaccredito delle somme indebitamente percepite;
- c) euro 510,00 (cinquecentodieci/00), a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo.
- d) euro 50,00 (cinquanta/00), quale di rimborso delle spese di procedura.

Le somme corrisposte e/o rimborsate dovranno essere maggiorate nella misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno, come previsto dall'art. 19, c. 5, del. AGCOM 173/07/CONS.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del. AGCOM 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, c. 11, d. lgs 259/2003.

La presente delibera è notificata alle parti nonché pubblicata sul sito internet istituzionale dell'Assemblea legislativa dell'Emilia-Romagna – CORECOM, assolvendo in tal modo ogni obbligo di pubblicazione ai sensi dell'art. 32, c. 1, l. 69/2009.

Vodafone Omnitel N.V. è inoltre tenuta a dare comunicazione a questo Ufficio dell'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di giorni sessanta giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, c. 1, lett. b), d. lgs 104/2010, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli art. 21 e 23 bis l. 1034/1971 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di giorni sessanta dalla sua notificazione.

Il Presidente

Prof. avv. Gianluca Gardini

Il Segretario

Dott.ssa Primarosa Fini